

Openbare versie

Datum	23 juli 2010
Ons kenmerk	[REDACTED]
Pagina	1 van 19
Telefoon	[REDACTED]
E-mail	[REDACTED]
Betreft	beslissing op bezwaar Richland

Geachte [REDACTED],

1. Inleiding

Bij brief van 8 maart 2010 heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aan Richland Real Estate B.V. (Richland) een boete opgelegd wegens overtreding van artikel 2:55, eerste lid, Wet op het financieel toezicht (Wft). Op 15 maart 2010 heeft u als gemachtigde van Richland pro forma bezwaar aangetekend tegen deze boete. U heeft vervolgens op 26 april 2010 namens Richland de gronden van het bezwaar aangevuld.

De AFM handhaaft het boetebesluit van 8 maart 2010 (het Boetebesluit), met aanvulling van de motivering zoals neergelegd in deze beslissing op bezwaar, voor zover het de boeteoplegging zelf en de publicatie daarvan betreft. De AFM herroept het Boetebesluit voor zover het de hoogte van de boete betreft en matigt de boete tot een bedrag van € 24.000. Dit wordt hierna uiteengezet.

Het onderhavige besluit is als volgt opgebouwd. Allereerst worden in paragraaf 2 de feiten weergegeven. In paragraaf 3 worden de gronden van bezwaar vermeld. In paragraaf 4 worden de gronden van bezwaar beoordeeld. In paragraaf 5 wordt de publicatie op grond van artikel 1:98 Wft, bij het onherroepelijk worden van deze beslissing op bezwaar toegelicht. Vervolgens wordt in paragraaf 6 de beslissing op bezwaar weergegeven. Ten slotte volgt in paragraaf 7 de rechtsgangverwijzing. Het verslag van de op 28 april 2010 gehouden hoorzitting is als **bijlage 1** bijgevoegd.

2. Feiten

Voor een uitgebreid overzicht van de feiten tot en met 3 maart 2010 verwijst de AFM naar het Boetebesluit van 8 maart 2010 en het onderzoeksrapport van 8 september 2009.

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 2 van 19

Op 8 maart 2010 heeft de AFM een boete opgelegd ad € 96.000,-- wegens overtreding van artikel 2:55, eerste lid Wft. In het Boetebesluit komt de AFM, kort samengevat, tot de volgende conclusie:

- De overtreding is verwijtbaar, aangezien Richland zich gedurende een jaar heeft onttrokken aan het toezicht van de AFM. Van enige onduidelijkheid omtrent de uitleg van het begrip ‘beleggingsobject’ is geen sprake;
- Door de AFM is in een gesprek van 14 mei 2008 niet het vertrouwen gewekt dat het door Richland aangeboden product niet vergunningplichtig zou zijn;
- Richland heeft de overtreding niet uit eigen beweging gestaakt, doch pas nadat een aanwijzing is opgelegd;
- De stelling van Richland dat cliënten niet benadeeld zouden zijn is niet onderbouwd. Daarbij wijst de AFM erop dat Richland een jaar beleggingsobjecten heeft aangeboden zonder over een daartoe vereiste vergunning te beschikken. Uiteindelijk is op 6 juli 2009 de vergunningaanvraag van Richland afgewezen aangezien de betrouwbaarheid van de bestuurder [A] niet buiten twiifel staat;
- Het feit dat Richland heeft meegewerkt aan het onderzoek van de AFM, dat geen sprake is van recidive of dat het vertrouwen in de markt is geschonden, kan er niet toe leiden dat geen boete opgelegd zal worden, aangezien hiertegenover staat dat Richland zich gedurende ruim een jaar aan het toezicht van de AFM heeft onttrokken;
- De boeteoplegging is niet voorbarig. De uitspraak van de voorzieningenrechter met betrekking tot de aanwijzing is irrelevant voor de boete, aangezien de voorzieningenrechter de AFM geheel in het gelijk heeft gesteld voor wat betreft de kwalificatie van de aanbieding van Richland;
- De boete zal niet worden gematigd. In dit verband is relevant dat Richland herhaaldelijk in de gelegenheid is gesteld om haar (eventuele) verminderde draagkracht te onderbouwen. Richland heeft geen stukken overgelegd op grond waarvan geconcludeerd kan worden dat Richland verminderd draagkrachtig is.

De aanbieding van Richland in de periode december 2007 tot 25 november 2008 kwalificeert als een aanbieding van beleggingsobjecten in de zin van artikel 1:1 Wft;

Op 15 maart 2010 heeft Richland pro forma bezwaar aangetekend tegen het Boetebesluit.

Op 16 maart 2010 heeft Richland de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen. De voorzieningenrechter heeft op 8 april 2010 het verzoek om een voorlopige voorziening toegewezen. De voorlopige voorziening zal hierna worden aangeduid als “de Uitspraak”. De voorlopige voorzieningenrechter geeft voor het toewijzen van de voorziening, kort samengevat, drie hoofdredenen:

- Oplegging van een boete van € 96.000 staat in een wanverhouding tot hetgeen Richland kan worden verweten. De voorzieningenrechter overweegt dat onduidelijkheid heeft bestaan over de reikwijdte van het begrip beleggingsobject. Daartoe verwijst hij naar de wetsgeschiedenis, de informatieverstrekking door de AFM en het feit dat de AFM pas eind 2008 (vergelijkbare) partijen aanwijzingen heeft gegeven. De voorzieningenrechter ziet aanleiding het betoog van Richland, waarin zij stelt dat haar geen verwijt

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 3 van 19

gemaakt kan worden omdat het haar niet redelijkerwijs duidelijk kon zijn dat haar product kwalificeerde als beleggingsobject, te bezien in het licht van de jurisprudentie ter zake van een “pleitbaar standpunt”. De voorzieningenrechter laat in het midden of Richland zich ten volle en voor de hele periode van de overtreding kan beroepen op haar pleitbare standpunt. Gezien de omstandigheden kan Richland in elk geval niet ten volle worden verweten dat zij zich heeft “vergist”.

- Voorshands kan niet worden uitgesloten dat de AFM handelt in strijd met het gelijkheidsbeginsel, nu Richland de enige aanbieder van beleggingsobjecten is die een bestuurlijke boete is opgelegd. De stelling van de AFM dat op haar een geheimhoudingsplicht rust (over de vraag of er ook andere vergelijkbare partijen zijn of worden beboet), wordt als niet voldoende beschouwd.
- De AFM heeft onvoldoende rekening gehouden met de omstandigheid dat de aan Richland en andere vergelijkbare partijen gegeven aanwijzingen al de nodige publiciteit heeft opgeleverd. In dit licht werpt de voorzieningenrechter de vraag op wat de functie is van het meer dan een jaar nadien nog publiceren van een bestuurlijke boete. Het enkele signaal van repressief optreden acht de voorzieningenrechter, gelet op het voorgaande, onvoldoende redengevend.

Op 26 april 2010 heeft Richland de gronden in bezwaar aangevuld. Deze gronden worden in paragraaf 3 van het bezwaarschrift weergegeven.

Aangezien het moeilijk was om tijdig een hoorzitting te plannen heeft Richland aanvankelijk ingestemd met een uitstel voor het nemen van de beslissing op bezwaar met dertien dagen en uiteindelijk met een uitstel van de beslissing op bezwaar voor een periode van zes weken. Dit is door de AFM bevestigd bij brief van 14 mei 2010 en bij e-mail van 26 mei 2010.

Op 23 juni 2010 heeft ten kantore van de AFM een hoorzitting plaatsgevonden. Hierbij is [A] in de gelegenheid gesteld om nog nadere stukken over te leggen die betrekking hebben op de financiële draagkracht van Richland.

Bij e-mail van 24 juni 2010 heeft de AFM aangegeven dat de termijn voor het nemen van een beslissing van bezwaar rond 7 juli 2010 zal verstrijken. Bij e-mail van 7 juli 2010 heeft de AFM Richland een nadere termijn van twee weken gegeven voor het alsnog aanleveren van financiële stukken. Tevens is op grond van artikel 7:10, derde lid Wft de beslissing op bezwaar verdaagd.

3. Bezwaargronden

De bezwaargronden van Richland vallen uiteen in vijf gronden die hieronder in de subparagrafen 3.1 tot en met 3.5 worden weergegeven.

3.1 Geen overtreding

Richland heeft tijdens de hoorzitting op 23 juni 2010 aangegeven dat de ratio van het toezicht niet gediend wordt door het onder toezicht stellen van Richland. De kopers van de door Richland aangeboden percelen landbouwgrond worden eigenaar van het stuk grond en worden ook ingeschreven in het kadaster. Daarna houdt de bemoeienis van Richland op. Dit is een wezenlijk verschil ten opzichte van de aanbidding van een andere

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 4 van 19

aanbieder van landbouwgronden [B] , waarbij [B] zich verplicht tot terugkoop van het perceel grond. Eigenlijk kan Richland worden aangemerkt als makelaar. Toezicht op Richland is niet zinvol, aangezien Richland geen bemoeienis meer heeft met de stukken grond die zij heeft verkocht.

Richland geeft vervolgens aan dat zij geen overtreding heeft begaan aangezien de aanbidding van de kavels landbouwgronden niet kan worden aangemerkt als een aanbidding van beleggingsobjecten in de zin van artikel 2:55, eerste lid Wft. Richland verwijst naar de argumenten die in de procedure tegen de op 17 november 2008 opgelegde aanwijzing naar voren heeft gebracht en gelast deze argumenten in de onderhavige bezwaarprocedure als herhaald en ingelast te beschouwen. Voorts geeft Richland aan dat de aanbidding van de kavels landbouwgronden niet als het aanbieden van beleggingsobjecten kan worden aangemerkt aangezien (1) geen sprake is van het uitkeren van een rendement in geld, (2) geen sprake is van beheer door een ander dan de verkrijger en (3) het beheer, zo daar al sprake van is, niet gericht is op het genereren van waarde. Deze gronden worden hieronder nader uitgewerkt:

Rendement in geld

In artikel 1:1 Wft is in de definitie van een beleggingsobject neergelegd dat sprake moet zijn van een ‘rendement in geld’. Ten aanzien hiervan geeft Richland aan dat:

- zij niet anders doet dan het doorverkopen, in kleinere stukjes, van landbouwgrond die zich bevindt in nabijheid van een bebouwd gebied;
- indien het bestemmingsplan niet wijzigt de komende periode, dit niet betekent dat de eigenaren hun inleg kwijt zijn. Zij zijn dan nog steeds eigenaar van een kavel landbouwgrond;
- zij geen opbrengst of rendement uitbetaalt. De eigenaren van de grond kunnen zelf een opbrengst genereren door de verkoop, al dan niet na een eventuele bestemmingswijziging, van de kavel waarvan zij eigenaar zijn;

Van het “in het vooruitzicht stellen van rendement” als bedoeld in de definitie van beleggingsobject is reeds om deze reden geen sprake. Van een dergelijk rendement is pas sprake, indien in het vooruitzicht wordt gesteld dat dergelijke rendementen worden uitbetaald. Hiertoe verwijst Richland naar de volgende stukken:

- *Memorie van toelichting bij Wet financiële dienstverlening (Wfd)* ¹

In de passage die Richland aanhaalt wordt het volgende omtrent beleggingsobjecten aangegeven:

“Hierbij dient te worden gedacht aan beleggen in de zogenaamde teakfondsen, struisvogeleieren, wijnranken etc. Er is sprake van een rendement in geld indien het product in zich heeft dat het rendement geheel of gedeeltelijk in geld wordt uitbetaald. “ (onderstreping toegevoegd door gemachtigde Richland).

- *Brief minister van Financiën*

Ter onderbouwing van haar standpunt beroept Richland zich op een passage uit een brief van de minister van Financiën van 23 september 2004 in het kader van de wetsgeschiedenis van de Wfd (zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 507, nr. 26, p. 1).

¹ Kamerstukken II, 2003-2004, 29 507, nr. 3, p. 68.

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 5 van 19

“De voorwaarde van een rendement in geld betekent dat elke aanbieder van een beleggingsobject waarbij het rendement geheel of gedeeltelijk in geld luidt, onder de Wfd valt. Het maakt daarbij niet uit of dit rendement tijdens de looptijd wordt uitgekeerd of aan het eind daarvan (of beide).” (onderstreping toegevoegd door gemachtigde Richland).

- *Consultatiedocument Marktverkenning beleggingsobjecten juli 2005 (AFM)*

Ten slotte verwijst Richland naar een consultatiedocument van de AFM en wijst zij concreet naar de volgende passage:

“Van een rendement in geld is sprake indien de belegger het rendement waartoe hij uit hoofde van een verbintenis gerechtigd is, geheel of grotendeels in geld uitgekeerd krijgt.” (onderstreping toegevoegd door gemachtigde Richland).

Door de wetgever en de AFM wordt het begrip ‘rendement’ derhalve gekoppeld aan een uitkering in geld. De ratio daarvan ligt voor de hand: toezicht is nodig indien een bepaalde belofte door een aanbieder nog moet worden nagekomen. Aangezien na de verkoop van het stuk landbouwgrond geen geld wordt uitgekeerd door Richland is die ratio hier niet aan de orde.

Geen sprake van beheer door een ander dan de verkrijger

Richland is tevens van mening dat de producten niet kwalificeren als beleggingsobject, omdat volgens haar geen sprake is van "beheer door een ander dan de verkrijger" als bedoeld in artikel 1:1 Wft.

Van beheer door een ander dan de verkrijger is volgens haar geen sprake, omdat de eigenaren van de van Richland gekochte kavels zelf verantwoordelijk zijn voor het beheer daarvan. Richland verwijst hiertoe naar de notariële leveringsakte waarin is opgenomen dat "vrij van pacht en jacht" wordt geleverd. Deze verantwoordelijkheid is waar het volgens Richland om gaat: of de klant van de aanbieder zelf de teugels in handen heeft en controle kan uitoefenen over de door hem aangeschafte kavel. Richland verwijst hiertoe naar een brief van de minister van VROM aan de Tweede Kamer van 30 september 2008, waarin het volgende is aangegeven:

“In bepaalde situaties kwalificeert de transactie niet als beleggingsobject onder de Wft en is de Wft niet van toepassing: indien de consument zelf de verantwoordelijkheid draagt voor het beheer van zijn beleggingsobject (grondperceel) dan is er geen toezicht van de AFM, aangezien de belegger dan een (actief) eigenaar wordt van het product.” (onderstreping toegevoegd door gemachtigde Richland).

Aan het uitgangspunt dat de verantwoordelijkheid voor het beheer van de gekochte grond bij de klant rust, doet volgens haar niet af de mogelijkheid voor klanten om de grond te verpachten aan een derde. Zolang de klant deze keuzevrijheid heeft, is het volgens haar voor de vraag of sprake is van een beleggingsobject niet relevant of de klant daar al dan niet daadwerkelijk gebruik van maakt. Het standpunt dat het beheer bij de eigenaren van de kavels berust wordt volgens Richland overigens bevestigd door de omstandigheid dat de van toepassing zijnde waterschapslasten gewoon voor hun rekening komen.

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 6 van 19

Geen waardegenererend proces

Richland voert ten slotte aan dat het beheer in casu niet van wezenlijk of bepalend belang is ten aanzien van het te behalen rendement. Een bevestiging hiervan kan volgens haar worden gevonden in artikel 110 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft. Die bepaling geeft aan welke gegevens in het beleggingsobjectprospectus dienen te worden opgenomen. Een van deze vereisten betreft het opnemen van een beschrijving van de "operationele activiteiten", onder vermelding van de plaats waar deze plaatsvinden.

Het is volgens Richland duidelijk dat bij de opstelling van deze bepaling gedacht is aan bijvoorbeeld teakplantages of struisvogelboerderijen. Struisvogels moeten worden gevoed en teakbomen moeten worden bewaterd, gesnoeid en uitgedund. Dat zijn de operationele activiteiten waar volgens haar door de wetgever op is gedoeld. In de onderhavige situatie vinden geen operationele activiteiten plaats; ook indien de grond niet zou worden begrazen, blijft de waarde van de grond, alsmede de kans op waardevermeerdering in geval van een bestemmingsplanwijziging behouden.

3.2 Nog geen uitspraak in de bodemprocedure

Richland benadrukt dat de AFM in redelijkheid nog niet over kon gaan tot het nemen van het Boetebesluit aangezien de bestuursrechter – ook in eerste aanleg – nog geen onherroepelijke uitspraak heeft gedaan in de bodemprocedure met betrekking tot de aanwijzing die de AFM op 17 november 2008 aan Richland heeft gegeven. Het opleggen van een boete is dan ook niet opportuun. Daarbij is ook het opgetreden tijdsverloop van belang. Nu geruime tijd is verstreken sinds de gedragingen waar het Boetebesluit op ziet, kan niet worden volgehouden dat niet met het opleggen van de boete kan worden gewacht tot er een onherroepelijke uitspraak ligt van de bestuursrechter met betrekking tot de aanwijzing.

De uitspraak inzake [B] verschilt wezenlijk van de onderhavige zaak. Zo voorziet de koopovereenkomst in het onderhavige geval, anders dan ten aanzien van [B], niet in terugkoop van de grond na een bestemmingsplanwijziging.

3.3 Gelijkheidsbeginsel

Richland voert ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel aan dat aan geen van de andere aanbieders een boete is opgelegd. Dit terwijl de bestuursrechter, anders dan bij Richland, wel reeds in eerste aanleg ten aanzien van een aantal aanbieders heeft geoordeeld over de aan hen opgelegde aanwijzing.

3.4 Vaste boetebedrag ten onrechte niet gematigd

Richland is van mening dat de AFM de boete zeer fors dient te matigen tot € 0,-- dan wel een fractie van het standaardbedrag van € 96.000,--. De redenen daarvoor zijn als volgt:

Ernst overtreding en verwijtbaarheid

Ten tijde van de overtreding had de AFM het standpunt dat de verkoopactiviteiten van Richland kwalificeerden als het aanbieden van beleggingsobjecten nog niet publiekelijk ingenomen. Ook binnen de markt was dit standpunt niet bekend. Op het moment van de inwerkingtreding van de Wfd waren al langere tijd partijen op de markt die landbouwgronden aanboden met het oog op speculatie van waardevermeerdering door planwijziging. De AFM heeft meer dan twee jaar na de inwerkingtreding van de Wfd gewacht met het aanschrijven van de betrokken partijen. Zoals

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 7 van 19

de voorzieningenrechter in zijn uitspraak van 8 april 2010 ook aangeeft kan hieruit worden afgeleid dat ook de AFM voor die tijd nog geen helder beeld had van de precieze reikwijdte van het begrip “beleggingsobject”.

Richland heeft uit eigen beweging de AFM ingelicht over haar activiteiten tijdens een gesprek op 14 mei 2008 ten kantore van de AFM. In de thans (in het Boetebesluit) door de AFM aan de inhoud van dat gesprek gegeven uitleg kan Richland zich niet vinden. Het voorleggen door Richland aan de AFM gedurende dat gesprek van haar activiteiten inzake de actieve verkoop van kavels landbouwgrond had wel degelijk tot doel om het oordeel van de AFM daarover te vernemen. In de zienswijze heeft [A] hier nog aan toegevoegd dat [A] na afloop van dat gesprek enkel een vergunning voor het bemiddelen in teakhoutproducten heeft aangevraagd en [A] er bewust van af heeft gezien om een vergunning aan te vragen voor het aanbieden van landbouwgronden.

Richland heeft ook vertrouwd op een juridische opinie van 15 juni 2006 van [C] op verzoek van [B]. In deze opinie wordt geconcludeerd dat het verkopen van kavels landbouwgrond niet kwalificeert als het aanbieden van beleggingsobjecten. [A] beschikte over een kopie van deze opinie.

Onvoldoende draagkracht

Naar verwachting kan een boete ad € 96.000,-- leiden tot het faillissement van Richland. Richland is vooralsnog niet in staat om dit te onderbouwen, [REDACTED], aangezien zij vanaf het moment van de aanwijzing haar activiteiten heeft gestaakt. Het in het Boetebesluit genoemde bedrag van [REDACTED] betreft niet de door Richland behaalde winst, maar de omzet. Dit bedrag kan derhalve niet worden aangemerkt als het met de – vermeende overtreding- behaalde voordeel.

3.5 Geen grond voor publicatie boete

In aanvulling op hetgeen hierboven is neergelegd, geldt dat de AFM zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de omstandigheid dat de aanwijzing aan Richland en enkele vergelijkbare aanbieders reeds de nodige publiciteit heeft opgeleverd. Hiertoe verwijst Richland naar een publicatie van 7 februari 2010 in Het Financieele Dagblad. In dat licht is het de vraag wat de functie is van het meer dan een jaar nadien nog publiceren van een bestuurlijke boete.

Daarnaast geldt dat de ernstige en breed gedragen twijfel over de juistheid van de door de AFM gekozen kwalificatie ertoe leidt dat de publicatie ook in strijd is, of zou kunnen komen, met het doel van het door de AFM uit te oefenen toezicht.

Richland verzoekt in dit verband een passage uit een noot van [REDACTED] bij de heroverweging van het primaire besluit te betrekken. Het gaat hier om een noot bij de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 25 november 2008 in de zaak [B], zoals gepubliceerd in JOR 2009/18. De passage wordt als volgt door Richland geciteerd:

"Ik vraag mij af of het in pacht geven van landbouwgrond overeenkomt met het beheer van een zaak als bedoeld in de definitie van beleggingsobject. Een pachtovereenkomst wordt gekenmerkt door het feit dat tegen voldoening door de pachter van

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 8 van 19

een tegenprestatie de verpachter het land in gebruik geeft voor de uitoefening van de landbouw waarbij de landbouwopbrengsten ten goede komen aan de pachter. Anders dan bij het beheer van de hiervoor genoemde teakfondsen, struisvogeleieren en wijnranken waarvoor beheerskosten in rekening gebracht worden bij de verkrijger/belegger en waar de opbrengsten ten goede komen aan de belegger, ontvangt de belegger/verpachter een pachtsom en komen de landbouwopbrengsten juist niet ten goede aan de belegger/verpachter."

Voorkomen moet worden dat de AFM, indien het College van Beroep voor het bedrijfsleven haar benadering zou verwerpen, over moet gaan tot rectificatie en schadeloosstelling met de bijbehorende reputatieschade voor de toezichthouder tot gevolg.

Daarbij is ook de tekst van het voorgenomen persbericht van belang. Daarin wordt op geen enkele wijze de bestaande twijfel naar voren gebracht.

4. Oordeel AFM

De AFM zal in deze paragraaf ingaan op hetgeen door Richland in bezwaar is aangevoerd. De AFM zal voor alle duidelijkheid de hierboven weergegeven volgorde van de bezwaargronden aanhouden.

4.1 Geen overtreding

Allereerst geeft Richland in zijn algemeenheid aan dat (anders dan bij [B] , waarbij een terugkoopverplichting aanwezig is) toezicht op Richland niet zinvol is, aangezien Richland geen bemoeienis meer heeft met de stukken grond die zij heeft verkocht.

De AFM betwist deze feitelijke weergave. Korthedshalve verwijst de AFM naar de website van Richland en naar de koopovereenkomst die Richland met de kopers afsluit. Uit deze documentatie blijkt wel degelijk dat Richland ook na de verkoop nog bemoeienis heeft met de stukken grond die zij heeft verkocht.

Op de website is onder het kopje ‘get rich with land’ het volgende aangegeven:

en dan?

Richland houdt u vervolgens op de hoogte van alle nieuwsgeving die ons bereikt over uw perceel. Ook kunnen wij namens u het onderhoud van de percelen (onkruid, sloten etc.) regelen. Wij zoeken daarvoor pachters met wie een zogenaamde eenmalige pachtovereenkomst wordt aangegaan (ieder jaar opnieuw). (...).

Aanbiedingsplicht

Richland BV werkt samen met gerenommeerde internationale partijen. Deze partijen houden zich bezig met de realisatie, ontwikkeling en belegging van vastgoedprojecten. Mocht uw investering van bestemming wijzigen, dan heeft u als koper een eerste aanbiedingsplicht aan een van deze partijen.

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 9 van 19

In artikel 14 van de koopovereenkomst is het volgende neergelegd:

“Volmacht koper aan verkoper

Koper geeft onherroepelijk volmacht aan verkoper om alle rechtshandelingen te verrichten welke van belang zijn voor de ontwikkeling van de gronden. Deze rechtshandelingen zijn van financiële, commerciële en juridische aard om te komen tot integrale ontwikkeling tezamen met de andere grondeigenaren, om planontwikkelingen te realiseren, alsmede om bestemmingswijziging door te voeren.

Vervolgens betwist Richland dat de aanbidding van de percelen landbouwgrond kan worden aangemerkt als een aanbidding van beleggingsobjecten waarvoor ingevolge artikel 2:55, eerste lid Wft een vergunning vereist is.

Anders dan Richland betoogt, is de AFM van oordeel dat Richland beleggingsobjecten heeft aangeboden: het door Richland aangeboden product voldoet aan alle bestanddelen van de definitie van beleggingsobject in artikel 1:1 Wft. Richland biedt namelijk kavels grond aan. Een kavel grond is een zaak, niet zijnde een product als bedoeld in de onderdelen b tot en met h van de definitie van financieel product in artikel 1:1 Wft. De kavels worden tevens anders dan om niet aangeboden. Aldus wordt voldaan aan de eerste twee bestanddelen van de definitie van beleggingsobject.

De discussie ten aanzien van de definitie van beleggingsobjecten spitst zich toe op de overige bestanddelen van de definitie van beleggingsobject. Daarnaast voegt Richland een nieuw bestanddeel toe, dat niet letterlijk in de definitie te vinden is, namelijk dat sprake moet zijn van een waardegenererend proces. De overige bestanddelen alsmede het nieuwe bestanddeel zullen hieronder worden besproken.

Rendement in geld

De AFM is van oordeel dat een rendement in geld in het vooruitzicht is gesteld. Behalve uit de titel van de brochure van Richland, “*get rich with land*”, blijkt dit ook uit de inhoud hiervan. Zoals in het Boetebesluit is aangegeven, wordt in de brochure immers (allereerst) een te behalen rendement voorgehouden:

“Bent u op zoek naar een investeringsvorm om uw beleggingsportefeuille uit te breiden? Wilt u meer zekerheid, en bovendien een tastbare investering, dichtbij huis met een interessant rendement?”

En:

“Door deze toenemende vraag en het beperkte aanbod van grond in Nederland (schaarste) zal in sommige gevallen de bestemming van landbouwpercelen in recreatie- en/of bouwgrond gewijzigd worden. Dit kan een aanzienlijke waarde stijging van de door u aangekochte percelen betekenen.”

In de brochure komt derhalve naar voren dat de grondprijs aanzienlijk zou kunnen stijgen bij een wijziging van het bestemmingsplan. Dat de waardevermeerdering een speculatief karakter heeft, maakt niet dat géén sprake is van een in het vooruitzicht gesteld rendement. Het rendement wordt uitbetaald in geld en daarom is er sprake van een rendement in geld. Dat het rendement moet worden uitbetaald door Richland, wil er sprake zijn van een

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 10 van 19

beleggingsobject, blijkt niet uit de wettekst noch uit de toelichting daarop.² De memorie van toelichting bij de Wfd laat zich als volgt uit over “rendement in geld”.³

“Er is sprake van een rendement in geld indien het product in zich heeft dat het rendement geheel of gedeeltelijk in geld wordt uitbetaald. Indien door bijvoorbeeld de aanbieder van het beleggingsobject de optie wordt geboden om een deel van het rendement in geld uitbetaald te krijgen, dan is er sprake van «rendement in geld», ongeacht of de consument van deze optie gebruik maakt.”

De enige voorwaarde die in deze toelichting wordt gesteld, is dat het product het in zich heeft dat het rendement geheel of gedeeltelijk in geld wordt uitbetaald. Niet wordt aangegeven door wie het rendement moet worden uitbetaald. Zelfs als er geen geld wordt uitbetaald – maar het product dat wel ‘in zich heeft’ – is er sprake van een rendement in geld.

Dit oordeel van de AFM wordt voorts onderstreept in de Uitspraak, waarin de voorlopige voorzieningenrechter ten aanzien van de stelling van Richland, dat geen sprake is van een overtreding, verwijst naar het oordeel van de meervoudige kamer van de rechtbank Rotterdam inzake [B].⁴ In deze uitspraak overweegt de rechter ten aanzien van het in “in het vooruitzicht stellen van een rendement in geld” als volgt:

“Nu – zoals de rechtbank ook eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 24 februari 2009 (LJN BH4114) – onder het in het vooruitzicht stellen van een rendement niet moet worden begrepen de garantie van opbrengst, al dan niet in de vorm van een vast nominaal bedrag, is gelet op dit speculatieve karakter van de overeenkomst en de wijze van presenteren door [B] sprake van een in het vooruitzicht stellen van een rendement als bedoeld in de definitie van beleggingsobject in artikel 1:1 van de Wft.”

Ook in de onderhavige situatie heeft de aanbieding van Richland een speculatief karakter, aangezien Richland in haar brochures verwijst naar de mogelijkheid van een waardeinstijging als gevolg van een bestemmingsplanwijziging. Daarnaast legt Richland door de wijze waarop zij het product presenteert de nadruk op het rendement. Korthedshalve verwijst de AFM naar de citaten in de brochures die hiervoor ten aanzien van het rendement in geld zijn neergelegd. Overigens blijkt ook uit de winstdelingsclausule, die Richland met de verkrijgers overeenkomt (zie: artikel 15 koopovereenkomst), dat het rendement in geld wordt uitbetaald.

Op grond van voorgaande is de AFM van oordeel dat Richland een rendement in geld in het vooruitzicht heeft gesteld. Dit standpunt is meermalen bevestigd door de rechter, zowel in de onderhavige zaak⁵ als in vergelijkbare zaken.⁶

² Rechtbank Rotterdam, 29 april 2010, LJN BM6469.

³ Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 68.

⁴ Rechtbank Rotterdam, 4 december 2009, LJN BK5632.

⁵ Rechtbank Rotterdam, 8 april 2010, LJN BM0508.

⁶ Rechtbank Rotterdam 17 mei 2010, LJN BN0741 / rechtbank Rotterdam, 29 april 2010, LJN BM6494 / rechtbank Rotterdam, 2 juli 2009, LJN BJ1747 / rechtbank Rotterdam 25 november 2008, LJN BG5385 / rechtbank Rotterdam 23 december 2008, LJN BG8468 / rechtbank Rotterdam 4 december 2009, LJN BK5632.

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 11 van 19

Geen sprake van beheer door een ander dan de verkrijger / geen waardegenererend proces

Uit het citaat in het Boetebesluit⁷ blijkt dat Richland in haar aanbieding aangeeft dat zij voor investeerders pachters kan zoeken met wie een eenmalige pachtovereenkomst wordt aangegaan. Daarnaast heeft Richland bij brief van 2 oktober 2008 aan de AFM aangegeven dat in geval geen pachter wordt gevonden desnoods een loonwerker voor rekening van Richland wordt ingeschakeld.

Richland stelt dat ten aanzien van de door haar aangeboden landbouwgronden geen sprake is van beheer door een ander dan de verkrijger aangezien de eigenaren zelf verantwoordelijk zijn voor het beheer. Het feit dat de klant de keuzevrijheid heeft om het beheer aan een ander over te dragen doet aan dit standpunt naar het oordeel van Richland geen afbreuk.

Dit betoog kan naar het oordeel van de AFM geen stand houden. De AFM betwist niet dat het verpachten van de grond een optie is bij het aanbod tot het kopen van de grond. Echter, het enkele feit dat de verpachting een optie is ten tijde van het aanbod tot het kopen van grond maakt dat die optie deel uitmaakt van dat aanbod. De rechtbank Rotterdam heeft in haar uitspraak van 29 april 2010 (LJN BM6494) het volgende overwogen:

“Dat kopers op dit punt een keuze hebben en dat de pachtovereenkomsten tot stand komen door inschakeling van een derde partij, [D], doet aan het aanbod niet af (...)”.

Zoals in de boetebesikking reeds naar voren is gekomen, kan overigens de keuze van de consument, om al dan niet de verpachting uit handen te geven, worden aangemerkt als een theoretische keuze. Dit wordt ook onderkend door Richland zelf. Ter onderbouwing hiervan verwijst de AFM korthedshalve naar de motivering zoals weergegeven op pagina 14 (paragraaf 3.2) van het Boetebesluit.

Ten aanzien van het standpunt van de minister van VROM (zoals neergelegd in de brief aan de Tweede Kamer van 30 september 2008) dat de Wft niet van toepassing is indien de consument zelf de verantwoordelijkheid draagt voor het beheer wijst de AFM naar de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 29 april 2010 (LJN BM6494). Hierin is het volgende aangegeven:

“De omstandigheden dat het uit de aard der zaak een onzeker rendement is, dat het rendement niet wordt ‘uitgekeerd’ door eiseres en dat het rendement geen gevolg is van het beheer van de kavels, kunnen niet tot een ander oordeel leiden, omdat geen daartoe strekkende eisen zijn opgenomen in of voortvloeien uit genoemd wetsartikel.”

(...)

“Het door eiseres naar voren gebrachte Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft met de Nadere Regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen kan, wat er verder van zij, als lagere regelgeving de onderhavige begripsbepaling in de Wft niet wijzigen Ook de door eiseres aangehaalde uitlatingen van de minister van VROM, wat daar verder ook van zij, doen dat niet.”

⁷ Zie: pagina 14 Boetebesluit

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 12 van 19

In navolging op voornoemde uitspraak benadrukt de AFM dat voor de uitleg van VROM geen steun kan worden gevonden in de wet noch in de toelichting op de wet. Integendeel, de toelichting vermeldt juist dat met de zinsnede ‘waarbij het beheer wordt uitgevoerd door een ander dan de verkrijger’ is bedoeld dat de verkrijger niet zelf het feitelijk beheer van de zaak op zich neemt.⁸ Het gaat derhalve om het feitelijke beheer en niet om de vraag wie uiteindelijk verantwoordelijk is voor het beheer.

De AFM is verder van mening dat niet relevant is of het beheer gericht is op waardevermeerdering van de kavel. Beheer kan ook nodig zijn om een bepaald product in stand te houden of te onderhouden.⁹ Bij landbouwgronden kan hierbij bijvoorbeeld gedacht worden aan het maaien van het stuk grond om te voorkomen dat wildgroei ontstaat of het onderhoud van de sloten. Gelet op de definitie van beleggingsobjecten gaat het erom dat de grond wordt aangekocht voor beleggingsdoeleinden en dat de koper niet zelf (feitelijk) het beheer uitvoert. De uitleg die Richland hanteert (dat sprake moet zijn van een waardegenererend proces) vloeit niet voort uit de wet noch uit de wetsgeschiedenis. Hetzelfde geldt voor de door Richland aangehaalde noot van [REDACTED]. Deze uitleg (die erop neerkomt dat bij het beheer van landbouwgronden de belegger dient te profiteren van de landbouwopbrengsten die het gevolg zijn van de beheerkosten) vloeit niet voort uit de wet noch uit de wetsgeschiedenis.

Ten slotte verwijst de AFM nog naar uitspraken van de rechtbank Rotterdam waarin de uitleg van de AFM omtrent ‘het beheer van de zaak’ wordt bevestigd.¹⁰

4.2 Nog geen uitspraak in de bodemprocedure

Richland benadrukt dat ten aanzien van de aanwijzing nog geen (onherroepelijke) uitspraak in de bodemprocedure door de rechter is gewezen. Daarnaast geeft Richland aan dat reeds geruime tijd verstreken is sinds de gedragingen waar het Boetebesluit op ziet en dat derhalve de AFM best had kunnen wachten op een onherroepelijk oordeel van de rechter.

⁸ De AFM verwijst hierbij naar *Kamerstukken II*, 29 507, nr. 3, p. 68: “Met de voorwaarde dat het beheer van de zaak hoofdzakelijk door een ander dan de consument wordt uitgevoerd, wordt tot uitdrukking gebracht dat de consument niet zelf de verzorging voor bijvoorbeeld de plantage of de struisvogels op zich neemt. Dit feitelijke beheer voor de zaak wordt bij deze beleggingsobjecten door de financiële dienstverlener of door een derde in opdracht van de financiële dienstverlener of de consument, uitgevoerd.” en naar *Kamerstukken II*, 29 708, nr. 19, p. 362: “Met de zinsnede «waarbij het beheer van de zaak hoofdzakelijk wordt uitgevoerd door een ander dan de verkrijger» wordt tot uitdrukking gebracht dat de verkrijger niet zelf het beheer van bijvoorbeeld de teakplantage of de struisvogels op zich neemt. Dit feitelijke beheer van de zaak wordt bij deze beleggingsobjecten door de aanbieder van het beleggingsobject of door een derde uitgevoerd.”

⁹ Zie: rechtbank Rotterdam, 4 december 2009, LJN BK5632: “Onder beheer als bedoeld in de definitie van beleggingsobject moet worden begrepen elk onderhoud van de betreffende zaak en het zorgdragen voor eventuele juridische verplichtingen die voortvloeien uit de eigendom van de zaak.”

¹⁰ Zie: rechtbank Rotterdam: 2 juli 2009, LJN BJ1747 / rechtbank Rotterdam 29 april 2010 LJN BM6494 en rechtbank Rotterdam 17 mei 2010, LJN BN0741. Zie ook: rechtbank Rotterdam, 25 november 2008, LJN BG5385 / rechtbank Rotterdam 23 december 2008, LJN BG8468 / rechtbank Rotterdam 4 december 2009, LJN BK5632 en rechtbank Rotterdam 8 april 2010, LJN BM0508.

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 13 van 19

De AFM is van oordeel dat een onherroepelijk oordeel van de rechter ten aanzien van de aanwijzing die is opgelegd aan Richland niet (direct) van invloed is op het onderhavige Boetebesluit. De reden hiervoor is dat de problematiek ten aanzien van de aanwijzing met name ziet op de reikwijdte van de aanwijzing. In deze procedure staat de vraag centraal of de AFM een aanwijzing kan geven die ziet op het staken van het beheer van reeds afgesloten overeenkomsten.

De boete heeft daarentegen met het staken van het beheer van reeds afgesloten overeenkomsten niets te maken. Zoals in het Boetebesluit op pagina 17 al is aangegeven, ziet de boete op bestraffing van een reeds begane overtreding. Het is dan ook mogelijk om ten aanzien van dezelfde overtreding een reparatoire en een punitieve sanctie op te leggen. Hoeveel tijd er tussen beide sancties zit is, mede gelet op het feit dat de discussies die betrekking hebben op de aanwijzing wezenlijk anders van aard zijn dan de discussies naar aanleiding van het Boetebesluit, niet relevant. Daarbij wijst de AFM er ook op dat ten aanzien van boeteopleggingen (voor inwerkingtreding van de 4^e tranche) een verjaringstermijn geldt van drie jaren en dat de AFM dus niet zonder meer een onherroepelijk oordeel van een rechter kan afwachten.¹¹

4.3 Gelijkheidsbeginsel

Allereerst gaat het gelijkheidsbeginsel niet op, aangezien niet gesproken kan worden van een ongelijke behandeling van rechtens vergelijkbare gevallen. Richland onderkent dit zelf ook aangezien zij herhaaldelijk tijdens in het bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting heeft aangegeven dat haar aanbieding wezenlijk anders is dan de aanbieding van andere aanbieders, zoals bijvoorbeeld [B] (waar een terugkoopverplichting geldt).

Ook feitelijk gaat het gelijkheidsbeginsel niet op. Ten aanzien van de stelling dat de AFM aan geen van de andere aanbieders van percelen landbouwgrond een boete heeft opgelegd verwijst de AFM kortheidshalve naar een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 6 juli 2010, LJN: BN0764 waarin de AFM aan een andere aanbieder een boete heeft opgelegd.

4.4 Vaste boetebedrag ten onrechte niet gematigd

De in de wet voorziene hoogte van de boete bedraagt € 96.000,-. Aangezien zich bij Richland minder dan 15 werknemers (gemeten naar voltijdsequivalent) rechtstreeks bezighouden met financiële dienstverlening, is draagkrachtfactor 1 van toepassing. Derhalve bedraagt het boetebedrag € 96.000,-. Richland heeft gemotiveerd verzocht om de boete te matigen tot nihil.

Boeteoplegging

De AFM heeft in redelijkheid, in het licht van de hierboven omschreven omstandigheden, tot boeteoplegging over kunnen gaan. Hiertoe acht de AFM voorts nog het volgende relevant:

Richland heeft de kavels grond als aanvulling op de beleggingsportefeuille gepresenteerd aan (potentiële) beleggers. De definitie van het begrip beleggingsobject is zeer ruim geformuleerd. In het licht van deze

¹¹ Artikel 1:87 Wft.

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 14 van 19

omstandigheden had Richland zich kunnen en moeten realiseren dat het door haar aangeboden product onder toezicht van de AFM zou kunnen vallen en dus zou kunnen kwalificeren als een beleggingsobject.

De AFM is voorts van oordeel dat Richland zelf verantwoordelijk is voor een deugdelijk onderzoek omtrent de vraag of door haar voorgenomen activiteiten onder de reikwijdte van de Wft vallen. Van een aanbieder van financiële producten mag worden verwacht dat hij zich zorgvuldig verdiept in de wet- en regelgeving alvorens hij de markt betreedt. De AFM tilt zwaar aan deze eigen verantwoordelijkheid aangezien juist bij illegale activiteiten deze normschending externe werking heeft, niet alleen naar de klanten die benaderd zijn door de aanbieders maar ook naar overige marktpartijen. Richland heeft zich ten onrechte aan de regels en de administratieve lasten onttrokken die voor onder toezichtstaande instellingen wel gelden. Hierdoor is een ongewenste ongelijke situatie ontstaan tussen onder toezicht staande instellingen en tussen belanghebbenden

Richland heeft aangevoerd dat zij ten kantore van de AFM is geweest en de onderhavige aanbieding van percelen landbouwgrond heeft voorgelegd aan de AFM. De AFM betwist deze gang van zaken. In de boetebeschikking is al aangegeven dat uit navraag bij de betrokken medewerkers is gebleken dat het onderhavige product niet het onderwerp van bespreking was. De bespreking ging over het voornemen van Richland om een bemiddelingsvergunning aan te vragen voor beleggingsobjecten. In dit gesprek heeft Richland terloops kenbaar gemaakt dat zij zich ook bezig hield met de ‘actieve verkoop van agrarische gronden’ dan wel ‘onroerend goedtransacties via de notaris’. Nadere informatie over deze activiteiten heeft Richland bij dat gesprek niet gegeven.

Wat in ieder geval niet tussen Richland en de AFM ter discussie staat, is dat de bespreking pas op 14 mei 2008 heeft plaatsgevonden. Een half jaar daarvoor was Richland al met haar activiteiten begonnen. De AFM benadrukt dat Richland op geen enkele wijze, onder toezending van (concept) brochures en/of overeenkomsten dan wel andere relevante documentatie, de AFM voorafgaand aan de aanbieding heeft verzocht om een concreet standpunt in te nemen. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) heeft in een kwestie omtrent premieafdracht ten aanzien van sociale verzekeringen overwogen dat de betreffende werkgever zich er bewust van moet zijn welke loonopgave hij moet doen en dat hij in geval van twijfel of onduidelijkheid daaromtrent de verantwoordelijkheid draagt informatie in te winnen bij het ter zake bevoegd gezag; het Uvw.¹² De AFM is en blijft van oordeel dat Richland zelf zorgvuldig onderzoek had moeten doen alvorens zij de markt zou betreden.

Matiging

Ondanks voornoemd uitgangspunt dat Richland zelf zorgvuldig onderzoek had moeten doen, is de AFM van mening dat in het licht van de hieronder genoemde omstandigheden, de overtreding van Richland door de AFM niet ten volle verwijtbaar kan worden geacht. De AFM ziet aanleiding om het verzoek tot matiging van de boete in te willigen en de boete te matigen tot een bedrag van €24.000,-. De AFM wijst ter onderbouwing van de verminderde verwijtbaarheid op de volgende omstandigheden:

¹² Zie CRvB, 16 april 2010, LJN BM3433.

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 15 van 19

- A. De markt voor kavels grond, soortgelijk aan de onderhavige, bestond reeds voorafgaand aan het per 1 januari 2006 ingevoerde toezicht op beleggingsobjecten. Richland is in september 1997 opgericht en betreedt vanaf die datum bedoelde markt;
- B. De AFM stelt voorop dat zij een beperkte toezichtcapaciteit heeft. Dit geldt in het bijzonder voor de jaren 2006-2007 door de inwerkingtreding van de Wfd en alle vergunningaanvragen die onder het overgangsregime moesten worden afgewikkeld in deze periode. Alhoewel van een onredelijke wijze van aanwending van haar beperkte toezichtcapaciteit geen sprake is ¹³ kan de AFM niet uitsluiten dat het feit, dat zij eerst eind 2008 haar definitieve standpunt (dat bedoelde kavels grond onder de reikwijdte vallen van het begrip beleggingsobject) heeft ingenomen en dat zij ook eerst eind 2008 handhavend heeft opgetreden, kan hebben bijgedragen aan de onduidelijkheid die er kennelijk bestond onder de marktpartijen ten aanzien van de reikwijdte van het toezicht op beleggingsobjecten;
- C. Richland stelt zich op het standpunt dat zij voorafgaand aan de aanbidding van de percelen landbouwgrond beschikte over een advies van [C] waarin wordt geconcludeerd dat het verkopen van kavels landbouwgrond niet kwalificeert als het aanbieden van beleggingsobjecten. Uit het voorgaande leidt de AFM af dat Richland een beperkte vorm van onderzoek heeft verricht alvorens zij ging aanbieden.

Geen van deze feiten en omstandigheden leiden opzichzelfstaand tot het oordeel dat er sprake is van een verminderde verwijtbaarheid. Alles overwegende vormen deze feiten en omstandigheden in samenhang gezien echter wel reden voor de AFM een verminderde verwijtbaarheid aan te nemen en de boete op die grond te matigen van € 96.000,- naar € 24.000,-. De AFM ziet geen reden tot verdergaande matiging. Richland heeft tot op heden geen stukken overgelegd op grond waarvan geconcludeerd kan worden dat Richland verminderd draagkrachtig is.

4.5 Geen grond voor publicatie

Algemeen

Artikel 1:97, eerste lid, Wft verplicht de AFM tot publicatie van een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete, opgelegd wegens overtreding van artikel 2:80 Wft. Alleen indien publicatie in strijd is of zou kunnen komen met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft, blijft deze achterwege. De voorzieningenrechter heeft in haar Uitspraak de opschorting van de vroegtijdige publicatie van het Boetebesluit omgezet in een publicatieverbod, door de beslissing tot vroegtijdige publicatie verder te schorsen. De AFM is echter van mening dat de publicatie van het Boetebesluit en deze beslissing op bezwaar tot op de dag van verzending van deze beslissing op bezwaar niet in strijd is of zou kunnen zijn met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. De AFM heeft derhalve, bij verval van genoemde schorsing, voornamelijk de verplichting het Boetebesluit en deze beslissing op bezwaar te publiceren op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft.

De voorzieningenrechter heeft de publicatie van het Boetebesluit geschorst, zonder daarbij een vervalltermijn te bepalen. De schorsing vervalt derhalve op grond van artikel 8:85, tweede lid, onder c, Awb in ieder geval nadat de rechtbank in eventueel ingesteld beroep uitspraak heeft gedaan. Nadat die uitspraak is gewezen, zal de AFM besluiten (bij ongegrond verklaring van het beroep) of er zich vanaf de dag van bekendmaking van deze beslissing

¹³ Zie CBb, 28 mei 2008, LJN BD4033.

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 16 van 19

op bezwaar omstandigheden hebben voorgedaan die maken dat publicatie van het Boetebesluit en deze beslissing op bezwaar in strijd is of zou kunnen komen met de doelstelling van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. Als dat naar het oordeel van de AFM (nog steeds) niet het geval is, zal zij alsnog publiceren en uit oogpunt van zorgvuldigheid Richland voorafgaand daaraan in de gelegenheid stellen om binnen vijf werkdagen een eventuele (nieuwe) voorlopige voorziening aanhangig te maken.

Geen definitief verbod

Anders dan de voorzieningenrechter heeft overwogen, is de AFM van mening dat het publicatieregime van artikelen 1:97 en 1:98 Wft niet met zich meebrengt dat de schorsing van het besluit tot publicatie van het Boetebesluit (het Publicatiebesluit) een definitief publicatieverbod inhoudt.

De AFM begrijpt het betoog van de voorzieningenrechter in een andere, met betrekking tot het Publicatiebesluit, soortgelijke zaak¹⁴ aldus, dat uit het publicatieregime, dat is neergelegd in artikelen 1:97 en 1:98 Wft, volgt dat als een publicatie op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft is “voorkomen”¹⁵ door de toewijzing van een verzoek tot schorsing van die publicatie, dit tot gevolg heeft dat de publicatieplicht van genoemd artikel niet langer geldt. Er rest slechts nog de publicatieplicht op grond van artikel 1:98 Wft. De AFM begrijpt verder dat de voorzieningenrechter hierbij kennelijk van belang heeft geacht dat artikel 1:97, eerste lid, Wft alleen de ‘eerste’ of ‘vroegtijdige’ publicatie regelt, direct na bekendmaking van het Boetebesluit aan de belanghebbende en verder dat het artikel (in de leden 2 en 3) alleen voor die situatie (de ‘vroegtijdige’ publicatie) rechtsbescherming regelt. Verder in de tijd reikt het artikel niet, aldus de voorzieningenrechter. In artikel 1:97, tweede lid, Wft is bepaald dat de openbaarmaking van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet eerder geschiedt dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit aan de betrokken persoon is bekendgemaakt. Indien de AFM na een eventueel ongegrond verklaard beroep, alsnog besluit te publiceren op grond van 1:97, eerste lid, Wft, wordt er alleen een besluit genomen over de vraag of die publicatie in strijd is of zou kunnen zijn met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. Ten aanzien van dit ‘latere’ besluit over de ‘vroegtijdige’ publicatie is geen rechtsbescherming geregeld in artikel 1:97 Wft. De AFM begrijpt de voorzieningenrechter aldus, dat hij hieruit afleidt dat de publicatieverplichting ex artikel 1:97, eerste lid, Wft daarom niet langer geldt.

De AFM kan zich niet vinden in dit betoog. De letterlijke tekst van artikel 1:97, eerste lid, Wft verplicht de AFM immers een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete wegens een ernstige inbreuk¹⁶ op financiële toezichtwetgeving openbaar te maken. Indien in beroep is komen vast te staan dat publicatie van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet in strijd is of zou kunnen zijn met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft, is daarmee eveneens komen vast te staan dat de AFM de verplichting heeft op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft alsnog ‘vroegtijdig’ te publiceren, mits zich vanaf de dag van bekendmaking van deze beslissing op bezwaar geen omstandigheden hebben voorgedaan die maken dat de ‘vroegtijdige’ publicatie in strijd is of zou kunnen komen met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen toezicht. Deze verplichting volgt simpelweg uit de letterlijke tekst van bedoeld artikellid. Verder is in de

¹⁴ Zie: rechtbank Rotterdam, 28 januari 2010, LJN: BL1972 en rechtbank Rotterdam 6 juli 2010, LJN BN0764.

¹⁵ Zie: rechtbank Rotterdam, 28 januari 2010, LJN: BL1972.

¹⁶ Zie *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 708, nr. 41, p. 65.

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 17 van 19

Wft noch in de Awb een bepaling opgenomen, waaruit blijkt dat de verplichting tot ‘vroegtijdige’ publicatie teniet zou zijn gedaan met een schorsing van de voorzieningenrechter als de onderhavige. Dat er in het artikel geen rechtsbescherming is geregeld ten aanzien van deze ‘vroegtijdige’ publicatie in ‘tweede instantie’ doet hieraan niets af. Een analoge toepassing van die rechtsbescherming is immers goed mogelijk en ligt dan ook voor de hand. De AFM stelt Richland dan ook in de gelegenheid om in een dergelijk geval binnen vijf werkdagen een eventuele (nieuwe) voorlopige voorziening aanhangig te maken.

Daarnaast blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de ‘vroegtijdige’ publicatie het doel heeft partijen op financiële markten te waarschuwen en dat het daarom noodzakelijk is dat “*op korte termijn publicatie van de boete plaatsvindt*”.¹⁷ De wetgever heeft dus voor ogen gehad dat de marktpartijen zo snel mogelijk worden gewaarschuwd. Hierbij is expliciet overwogen dat het belang van de vroegtijdige publicatie prevaleert boven dat van de betrokken (rechts)persoon.¹⁸ Naarmate er meer tijd verstrijkt na het opleggen van de boete en het moment van publicatie, blijven marktpartijen langer verstoken van de gewenste waarschuwing. Gegeven de bedoeling van de wetgever (een snelle waarschuwing) neemt met het verstrijken van de tijd het belang van publicatie zeker niet af. Daarnaast neemt dit belang zeker niet af als de beslissing op bezwaar en het besluit tot publicatie daarvan beide rechtmatig zijn bevonden door de rechter in beroep. Dit gedachtegoed en deze bedoeling van de wetgever laten het oordeel niet toe dat de schorsing van het Publicatiebesluit met zich brengt dat de publicatieverplichting ex artikel 1:97, eerste lid, Wft teniet is gedaan. Hiermee wordt immers de gewenste snelle waarschuwing van het publiek onmogelijk gemaakt.

Anders hiervoor is aangegeven, kan uit de onderhavige uitspraak van de voorzieningenrechter ook worden afgeleid dat de schorsing van het Publicatiebesluit een definitieve schorsing inhoudt en dat er daardoor sprake zou zijn van een definitief publicatieverbod. De voorzieningenrechter lijkt hierbij van belang te hebben geacht dat er in artikel 1:101 Wft wordt afgeweken van de in artikel 8:81 e.v. Awb geregelde voorlopigevoorzieningprocedure en dat het woord ‘publicatieverbod’ wordt gebezigd in eerstgenoemd artikel. De AFM kan zich niet vinden in dit betoog. De voorzieningenrechter miskent hiermee namelijk het voorlopige karakter van de voorlopige voorziening. De voorzieningenrechter lijkt een verdergaande bevoegdheid aan te nemen dan de voorzieningenrechter in werkelijkheid heeft.

In artikel 1:97, derde lid, Wft wordt uitdrukkelijk verwezen naar de in artikel 8:81 Awb neergelegde procedure inzake de voorlopige voorziening. In artikel 1:101 Wft, worden aan die procedure nadere voorschriften verbonden. Naar ook uit de toelichting op deze bepaling¹⁹ blijkt, bevat deze bepaling uitsluitend voorschriften over het openbaarheidsregime voor de hoorzitting en de zitting bij de rechtbank. Deze voorschriften hebben dus geen betrekking op de situatie die ontstaat, nadat de rechtbank uitspraak heeft gedaan op een beroep tegen een besluit tot het opleggen van een boete en het openbaarmaken daarvan. Een andere afwijking van de procedure ex artikel 8:81 Awb e.v. blijkt noch uit andere artikelen in de Wft, noch uit de toelichting daarop. Verder blijkt noch uit artikel 1:101 Wft, noch uit enige andere rechtsregel dat het de voorzieningenrechter is toegestaan een voorziening

¹⁷ Zie: *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 708, nr. 41, p. 48.

¹⁸ Zie: *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 708, nr. 41, p. 65.

¹⁹ Zie: *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 708, nr. 52, pp. 1-2.

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 18 van 19

te treffen die op een met artikel 8:85 Awb strijdig tijdstip vervalt, of zelfs, zoals in onderhavig geval, in het geheel niet zou vervallen. Het voorlopige karakter gaat daarmee immers in het geheel verloren.

Bovendien kan uit het in artikel 1:101 Wft gebezigde woord ‘publicatieverbod’ niet worden afgeleid dat daarmee een definitief publicatieverbod is bedoeld. De wetgever heeft een dergelijke lezing niet voor ogen gehad: een publicatieverbod is een verbod op publicatie, zolang de getroffen voorziening niet is vervallen. Verder reikt het ‘publicatieverbod’ niet. Het vindt zijn begrenzing in de bevoegdheden die de voorzieningenrechter op grond van artikel 8:81 e.v. Awb heeft. Het uitgangspunt van de publicatieverplichting op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft is immers dat een Boetebesluit vroegtijdig (vóór een beslissing op bezwaar, uitspraak in beroep, etc.) wordt gepubliceerd. Dit blijkt alleen al uit het feit dat er ook een publicatieverplichting geldt voor de AFM als een Boetebesluit onherroepelijk is geworden. Er is derhalve uitdrukkelijk voor gekozen om de toezichthouder te verplichten om boetes, opgelegd wegens specifiek bij wet vastgelegde “*ernstige inbreuk[en] op de financiële toezichtwetgeving*”²⁰, “*automatisch en in een vroeg stadium te publiceren*”²¹. Overtreding van artikel 2:80, eerste lid, Wft is als een dergelijke ernstige inbreuk aangemerkt. Bij deze automatische publicatie is expliciet van belang geacht dat in het geval van bedoelde ernstige inbreuk het belang van de publicatie prevaleert boven dat van de betrokken financiële onderneming.²²

Het zou in strijd met dit systeem en gedachtegoed (automatisch en in vroeg stadium publiceren) zijn als het de AFM op grond van een voorlopige voorziening verboden wordt, aan haar plicht tot publicatie te voldoen, nadat zij in een voorkomend geval in het gelijk wordt gesteld door de rechter in beroep.

Tijdsverloop

Het tijdsverloop dat door Richland wordt geschetst (tussen het geven van de aanwijzing, de publiciteit die dit al heeft gegenereerd en de oplegging van de boete) doet aan het hetgeen hiervoor met betrekking tot de publicatie is overwogen geen afbreuk. Het Boetebesluit is binnen de verjaringstermijn van drie jaar genomen. De AFM heeft de verplichting deze boete te publiceren op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft. Richland heeft, als belanghebbende, de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te verzoeken. Gegeven dit tijdsbestek, bestaat er dus in alle gevallen de mogelijkheid dat er pas na drie jaar (gerekend vanaf datum overtreding) en ongeveer anderhalve maand (de duur van procedure bij de voorzieningenrechter) een uitspraak beschikbaar is op grond waarvan de AFM niet weerhouden wordt om te voldoen aan haar publicatieverplichting. Dit mogelijke tijdsverloop is inherent aan het systeem van de Wft. Daarnaast geldt dat het besluit tot het opleggen van de boete moet worden gepubliceerd als het onherroepelijk is geworden (artikel 1:98 Wft). Deze publicatie kan tot vijf jaar of later na het moment van overtreding plaatsvinden. Dit tijdsverloop is eveneens inherent aan het systeem van de Wft en daarnaast een direct gevolg van de rechtsbeschermingwaarborgen uit de Awb. Juist dit tijdsverloop heeft ertoe geleid dat de wetgever bij een ernstige inbreuk op financiële toezichtwetgeving de vroegtijdige publicatie verplicht heeft gesteld.

²⁰ Zie: *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 708, nr. 41, p. 65.

²¹ Zie: *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 708, nr. 41, p. 65.

²² Zie: *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 708, nr. 41, p. 65.

Datum 23 juli 2010

Ons kenmerk

Pagina 19 van 19

Gezien het voorgaande, brengt een wetsystematische uitleg naar het oordeel van de AFM met zich dat het tijdsverloop tussen moment van overtreding en moment van publicatie (op grond van artikel 1:97 of 1:98 Wft) niet relevant kan zijn bij de vraag of een dergelijke publicatie (van een binnen de vervaltermijn, rechtmatig, opgelegde boete) in strijd is of zou kunnen zijn met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. Deze grond treft dan ook geen doel.

5. Publicatie op grond van artikel 1:98 Wft

Op grond van artikel 1:98 Wft heeft de AFM de plicht het besluit tot opleggen van de onderhavige boete openbaar te maken als de onderhavige beslissing op bezwaar onherroepelijk is geworden, tenzij die openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. Van een dergelijke strijd is tot op de dag van bekendmaking van deze beslissing op bezwaar naar het oordeel van de AFM geen sprake, zodat vooralsnog niet van openbaarmaking op grond van artikel 1:98 Wft kan worden afgezien.

6. Beslissing op bezwaar

Op grond van het vorenstaande handhaaft de AFM het Boetebesluit, met aanvulling van de motivering zoals neergelegd in deze beslissing op bezwaar, voor zover het de boeteoplegging zelf en de publicatie daarvan betreft. De AFM herroept het Boetebesluit voor zover het de hoogte van de boete betreft en matigt de boete tot een bedrag van € 24.000.

7. Rechtsgangverwijzing

Iedere belanghebbende kan tegen het in deze brief vervatte besluit beroep instellen. Daartoe dient binnen zes weken na dagtekening van deze brief een beroepschrift te worden ingediend bij de Rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Hoofd
Juridische Zaken

[was getekend]
Directeur